

A LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM "SHOPPING CENTERS"

CLAUDIO SANTOS

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. Transformação da teoria contratual. 2. Nova disciplina legal dos contratos de consumo e os contratos de "shopping center". 3. O contrato de adesão e os contratos de "shopping center". 4. Os contratos de "shopping center". Cláusulas controvertidas: a) aluguel mínimo e percentual; b) fiscalização da receita do lojista; c) revisão do aluguel; d) encargos condominiais; e) "res sperata"; f) renúncia a direitos pelo locatário; g) atualização do "mix" pelo empreendedor; h) outras cláusulas. 5. Breves considerações finais.

1. TRANSFORMAÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL

Impende demonstrar, de início, até mesmo para uma melhor compreensão do tema central desta exposição, em torno dos contratos firmados para o funcionamento de um *shopping center*, ou seja desses modernos centros de compra e de lazer, a metamorfose ocorrida na teoria do contrato.

O direito, num plano prático, é a mais expressiva de todas ciências sociais, e, ainda que tenha o ser humano como seu epicentro, sua atuação faz-se sentir, sobretudo, nas relações entre os homens ou entre estes e as coisas ou a natureza.

Transmutando-se a vida, modificando-se, sensivelmente, as relações sociais e econômicas, evoluindo as técnicas de produção, de comercialização e de administração, alcançando rapidamente nível não esperado, com tanta brevidade, a revolução tecnológica, no campo dos cérebros artificiais, tinha que mudar o direito, tinha que se alterar, sob pena de não preservar seu valor fundamental: a pessoa.

E nesse evolucionar, ainda que com certo atraso, pelo menos com relação à propriedade, cuja sacramentalidade perdera sua intangibilidade no período quiritário do

Direito Romano, e, no começo do presente século, após o choque de idéias entre os defensores do código civil napoleônico e adeptos da propriedade coletiva ou estatal, ganharia um novo conceito, o de direito de relevante função social, lançado por Léon Duguit em célebres conferências pronunciadas em 1902, em Buenos Aires, o contrato também evolui, e evoluiu no mesmo sentido, na mesma linha.

Antes já se desprendera do leito tradicional um ramo do direito contratual, o contrato de trabalho, pacto sujeito a normas de ordem pública e com forte conotação protetiva do trabalhador, como é do conhecimento geral.

Mas, no todo, é notória a evolução da teoria do contrato na passagem da concepção clássica do voluntarismo para o entendimento moderno da função social do contrato.

Em tema de direito contratual, não é crível que, garantindo-se exclusivamente, a autonomia da vontade e a liberdade contratual, se obtenha a plena conciliação e equiponderância nas relações contratuais.

A justiça contratual, fruto da harmonia dos contratantes e equivalência das prestações, só ocorrerá com a transparência do

negócio, na fase pré-contratual, a boa-fé em todas as quadras do contrato e a válida manifestação de vontade, sem influências psicológicas ou sociológicas anormais, em consonância com o direito. Prefiro referir-me ao direito, em lugar da lei, porquanto a lei básica que temos, o nosso avelhantado CC, é ordenamento meramente conceitual, de limitada força cogente, em desconcerto com a realidade social, e dissociado da vida. No direito, *lato sensu*, aglutina-se também a chamada “jurisprudência de valores”, composta da experiência e vivência do homem, das soluções dadas pelos aplicadores e intérpretes das leis e, sobretudo, de princípios gerais, de idéias básicas e de valores fundamentais, tais como a sempre presente boa-fé, a equidade, o equilíbrio nas relações e a equivalência nas prestações. A “jurisprudência de valores”, na ausência de lei geral e moderna, sob a influência do desequilíbrio negocial, constatado na prática, entre o Estado e os cidadãos, as corporações financeiras, os grandes produtores de bens de consumo e os prestadores de serviço de larga escala, de um lado, e os utentes e consumidores, de outro, nos contratos de massa, deverá ser posta em posição dominante para a efetiva concretude da função social do contrato.

Modificou-se a teoria contratual não só para adaptar-se à nova realidade negocial, como também se metamorfoseou a própria maneira de contratar. Antes, o pacto, qualquer que fosse, era precedido de ampla discussão e, uma vez feitos os acertos, os ajustes e discutidas as cláusulas, reduzido a um estrito final firmado por ambas as partes, observadas as formalidades legais, era lei entre as partes. Hoje, até por uma minimização de esforços, o contrato é previamente redigido por uma das partes, impresso com os claros necessários apenas para, preenchidos, identificar-se o outro contratante, quando não arquivado na memória de um computador, dele obtendo-se as cópias indispensáveis, através de impressoras, na ocasião propícia, já com todos os dados das partes e outros devidamente estampados. Isto quando não é representado por um mero tiquete ou pedaço de papel com as condições da avença.

Por óbvio, tais contratos, imprescindíveis, diante da velocidade da vida moderna, garantem, na sua literalidade, precisamente, quem os elaborou para contratar com qualquer pessoa de forma indis-

tinta. São as condições gerais comuns nos contratos bancários, de seguros, de transporte, de saúde, de ensino e muitas outras espécies.

Essas formas aligeiradas e simplificadas de contratar deram ensejo à proliferação dos chamados contratos de adesão, a respeito dos quais adiante faremos algumas considerações, sobre os quais se chegou a discutir se seriam ou não verdadeiros contratos e acerca deles quais, durante algum tempo, a doutrina e os pretórios versaram como excepcionalidades.

As novas exteriorizações do contrato, estandarizadas, acabaram por confirmar o declínio da liberdade contratual e a relatividade da força dos contratos, impondo-se a proteção do mais fraco economicamente, mediante o exame da legitimação do vínculo contratual.

2. NOVA DISCIPLINA LEGAL DOS CONTRATOS DE CONSUMO E OS CONTRATOS DE “SHOPPING CENTER”

Dentro desse contexto é oportuna uma sondagem nos novos estatutos acerca dos contratos de consumo, para verificar até que ponto esses ordenamentos abrem novas frentes de discussão sobre os contratos firmados entre os empreendedores de *shopping centers* e os lojistas que obtêm espaços ou lojas nessas atuais catedrais do consumo.

Reporto-me às Leis 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, e 8.245/91, a Lei do Inquilinato.

A primeira, nos termos dos arts. 5.º, n. XXXII e 170, n. V, da CR, a cumprir expressa disposição do art. 48 de suas Disposições Transitórias, estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, constituindo-se no mais atualizado e completo instrumento legislativo a consoar com a nova doutrina do contrato.

A segunda rege todas as espécies de locações prediais urbanas, residenciais, para temporada, não-residenciais, com proteção do “fundo de comércio”, de estabelecimentos de saúde e de ensino, e, inclusive, de espaço em *shopping centers*, reunindo num só diploma, todas locações de imóveis urbanos.

Neste ponto convém assinalar que não considero a locação de espaço em centro de compras como um contrato de consumo.

Denominam-se “contratos de consumo”, segundo a Prof.^a Cláudia Lima Marques, de acordo com atual doutrina francesa, “todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional fornecedor de bens ou serviços” (in *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, S. Paulo, Ed. RT, 1992, p. 65). Em vinculação ao Código sustenta a citada autora submeterem-se a ele os contratos entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional (ob. cit., p. 74). Ainda a mesma estudiosa, ao sobrepensar acerca dos contratos de fornecimento de produtos e serviços, assevera: “Tratando-se de locação comercial a aplicação do CDC fica afastada, mas tratando-se de locação residencial a aplicação das normas protetivas do CDC será a regra” (ob. cit., p. 79). E em sendo o contrato de locação de espaço em *shopping center* uma locação comercial, inclusive com a proteção do fundo de comércio, seguindo o raciocínio exposto, não está o contrato em evidência subjugado àquela lei.

Contudo, não se afaste de toda a possibilidade da aplicação de alguns de seus princípios, seja quanto a cláusulas abusivas, ou tocante aos denominados “contratos de adesão”. Ao regular contratos do cotidiano o CDC rompe com estruturas tradicionais surgidas sob o influxo de normas de nosso velho digesto civil, regrando o novo código a interpretação da grande maioria dos contratos civis e, de acordo com o conceito que se confira ao consumidor ou àqueles que lhe são equiparados, contratos comerciais podem sujeitar-se ao Código de Defesa do Consumidor.

O CDC, por outro lado, não é uma lei que adote um sistema fechado de proteção para uma categoria econômica. Ao contrário, o Código contém princípios, perfilhados à nova função do contrato, a facultar o emprego da analogia ao constatar-se o desequilíbrio contratual, seja diante de monopólios, do poderio econômico, seja pela maneira de contratar, ou de qualquer modo, diante da vulnerabilidade de um dos contratantes, ainda que profissional.

As normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e sua irradiação vem ao encontro da realidade, há muito apartada de nosso direito positivo privado.

Da segunda lei referenciada direi pouco, pelo menos, nesta passagem, porque, adiante cogitarei de alguns aspectos específicos.

Antecipadamente, não se pode deixar de salientar estarem os contratos de locação de espaço ou de lojas individualizadas, em *shopping centers*, sob a incidência, tanto quanto possível, das normas gerais do contrato de locação, asseguradas, porém, as condições livremente pactuadas. É o que se lê no caput do art. 54 da Lei das Locações Prediais Urbanas: “Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei”.

De notar, antes de novas considerações, cuidar-se também de locação de espaço, não somente de locação de imóvel, ou de loja determinada. A locação pode ser de espaço no prédio do centro, este entendido no todo, como imóvel único. É o que me parece exsurgir da própria arquitetura destes núcleos e o que traduz a lei ao assegurar ao lojista a renovação contratual:

“Art. 52.

§ 2.^o. Nas locações de espaço em *shopping centers*, o locador não poderá recusar a renovação do contrato com fundamento no inciso II deste artigo.
.....”

(O inciso II trata do pedido, na contestação, para uso próprio ou transferência de fundo de comércio).

A definição do objeto da locação também como espaço em *shopping center*, e não apenas como unidade imobiliária — o que me parece indisfarçável —, é de grande importância para a atualização do *tenant mix*, ou seja, da mistura dos locatários, pelo empreendedor, questão que adiante abordarei.

Ainda a propósito, o contrato principal firmado entre lojista e empreendedor do *shopping center* é o de locação, com liberdade na estipulação de cláusulas.

O douto Des. João Carlos Pestana de Aguiar, em seus comentários à lei das locações, leciona: “Vale reiterar: a relação jurídica entre empreendedor ou dono do *shopping* e o lojista é hoje, inquestionavelmente, de locação.” (*Nova Lei das Locações Comentada*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1992, p. 96).

Acentue-se haver o já transcrito *caput* do art. 54 determinado que, nas relações entre as partes tantas vezes anunciadas, prevalecerão “as disposições procedimentais previstas nesta Lei”, o que fez o mesmo autor, Pestana de Aguiar, aclarar: “... assim autorizando em prol do locatário o ajuizamento da renovatória e consignatória e, por seu lado, em prol do locador o da revisional e ação de despejo” (fls. 96).

A questão da natureza jurídica do contrato não é, todavia, absolutamente pacífica. Autores do porte da ilustre Prof.^a Maria Helena Diniz resistem à configuração legal e em seus comentários à nova lei das locações (*Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1992, p. 220), encontram-se os seguintes excertos: “Apesar de o contrato de *shopping center* não consistir numa locação, por apresentar peculiaridades próprias...” (p. 220).

“O contrato de *shopping center* consiste num contrato atípico misto, que se sujeitará ao império da norma inquilinal, por imposição desta, ...” (p. 223).

“Como se vê, o lojista tem encargos que exorbitam a “locação” comercial” ... “O empreendedor não é um simples “locador” ...” ... “O contrato do *shopping* difere muito do contrato de locação pelos seguintes caracteres: ...” (segue-se uma longa enumeração), (p. 226).

E, por último: “O contrato de *shopping center* é, por tais razões, um contrato atípico, seria impropriamente uma “locação” para fins comerciais, tendo como contraprestação um “aluguel” percentual, calculado sobre o faturamento mensal da loja, que seria pago ao empreendedor como forma de participação no lucro do lojista pelos serviços que presta na publicidade, na administração, na organização, etc.... Locação não é, mas pela atual lei inquilinária, com o escopo de resolver certos problemas, ante a omissão legislativa, ficou estabelecido que cairá sob sua égide, em certos casos” (p. 228).

Idéias assemelhadas, anteriormente à lei, foram desenvolvidas pelo eminente mestre, Prof. Darcy Bessone, em artigo de doutrina intitulado “Problemas Jurídicos do *Shopping Center*”, publicado na RT 660/7-16, onde se encontram estas assertivas: “Sem objeto e preço, em termos de locação e com causa diversa, tal contrato, na minha opinião, nada tem de locatício” (p. 12).

“Como tive oportunidade de demonstrar, com essa multivariabilidade de prestações, em verdadeiro complexo unitário, não há que se falar em locação, mas em contrato atípico misto” (p. 14).

Em abril de 1985, tive a oportunidade, como desembargador, integrante do TJCE, de relatar apelação, sobre o controvertido tema, assim me posicionando:

“Tais contratos têm despertado vivo interesse no meio jurídico brasileiro. Foram, inclusive, objeto de simpósio realizado no Rio de Janeiro, em novembro de 1983, de iniciativa da Escola Superior de Magistratura Nacional-Esman, do qual resultou a publicação, denominada *Shopping Centers — Aspectos jurídicos*, editorada pela RT, reunindo estudos de expressivos civilistas e comercialistas patrícios, pioneiros, tanto aqui, como na doutrina alienígena, de que se noticia a seguir.

Em resumo, sobre a natureza jurídica dos contratos, aqueles juristas colocaram-se em três posições: 1. das atividades organizacionais de um centro comercial resulta uma gama variada de relações contratuais, sendo a principal delas a que compõe o contrato de locação, ou seja, a cessão de uso das lojas; 2. são contratos coligados, de acordo com a conceituação firmada pelo Supremo, através de acórdãos dos Mins. Xavier de Albuquerque (RE 78.162), Cordeiro Guerra (RE 84.727) e Moreira Alves (RE 86.246), os últimos invocados pelo Min. Djaci Falcão sobre o mesmo tema (RE 89.051-3-RS, RT 512/293), tocante aos contratos de promessa de venda mercantil de combustíveis, de comodato, de permissão de marca e outros pactos; 3. excogita-se de contrato atípico, com regular negócio novo. A primeira formulação teórica é do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, para quem “se trata de um mero e próprio contrato de locação” (ob. cit., p. 77), dela também sendo defensores Washington de Barros Monteiro e Luís Antonio de Andrade; a segunda é traçada pelo comercialista Rubens Requião, com o apoio de João Carlos Pestana de Aguiar; a última, é uma colocação do insigne mestre baiano, Prof. Orlando Gomes, e ainda do Min. Buzaid (em apêndice à sua conhecida monografia “Da ação renovatória”).

Todos, como visto, afastam qualquer possibilidade de cogitar-se de um contrato de sociedade, de qualquer tipo.

Caio Mário vê, nesses pactos, nitidamente, os elementos essenciais (*essentialia negotii*) da locação, *res, praetium et consensus*, não desfigurados pelos *accidentalialia negotii*; Requião reconhece como dominante o pacto locatício; e Orlando admite: "... aplicam-se-lhe os princípios gerais que valem para todos os contratos e, por analogia, as regras do contrato com o qual tem maior afinidade, que é a locação, à exceção daqueles que rejeitam, ou, em termos bem mais expressivos, daqueles que matam o espírito da inovação" (pub. referida, p. 115).

Pelo que nos autos se constata, os ajustes entre as partes em litígio foram formalizados através dos seguintes documentos: de um "contrato de locação", de "especificações nas condições de entrega das lojas em suas partes privativas", das "normativas de procedimentos para elaboração dos projetos de instalações comerciais", do "estatuto da Associação dos Lojistas do Shopping Center Iguatemi-ALSCI", e da "escritura declaratória de normas gerais" (fls. 20-59, 98 e 349-380, do processo). Esse é o conjunto dos contratos que rege as relações entre as partes.

São contratos entrelaçados por forte nexo, que como afirma Requião, "se congregam, ou, melhor, se coligam, a fim de disciplinar o empreendimento comum" (ob. cit., p. 130). São, portanto, contratos coligados, sobre os quais diz o Min. Moreira Alves, citado pelo mestre paranaense: "têm unidade econômica, mas não jurídica".

Ludwig Enneccerus, em seu *Tratado de derecho civil*, segundo tomo, "Derecho de Obligaciones", II (trad. espanhola, Bosch, Barcelona, 1950), ensina dividirem-se as uniões de contratos (contratos coligados) em três casos: a união meramente externa, a união com dependência bilateral ou unilateral, e a união alternativa. Na primeira categoria, a união é meramente formal, subsistindo cada contrato isoladamente, sem depender um do outro; na segunda, há recíproca dependência ou, pelo menos, um ou vários contratos dependem de outro; na terceira, existe a possibilidade da resolução de um contrato excluir o outro.

O Prof. Fran Martins, em parecer ainda não publicado, lembra que os ensinamentos do tratadista alemão são aceitos, dentre outros, por Messineo, Gasperoni, Gandolfi e Scognamiglio, assim como entre nós por

Orlando Gomes e Waldírio Bulgarelli. A eles acrescenta-se o Prof. Requião, que se confessa adepto da doutrina alemã sobre a matéria.

Nicola Gasperoni, em trabalho que o Prof. Fran Martins qualifica básico para "o conhecimento da verdadeira natureza da coligação entre os contratos — "Collegamento e Connessione trà negozi" (*Riv. di Diritto Commerciale*, 1955, pp. 357-387)", doutrina: "Analisando o conteúdo das declarações de vontade, que dão vida aos negócios, poder-se-á averiguar não só se existe a coligação mas se a intenção das partes, procurando a obtenção de um dado resultado econômico, tenha posto o nexo e o vínculo em relação de mútua dependência (interdependência recíproca ou bilateral) ou só em relação de subordinação unilateral de um negócio para com o outro ou os outros (dependência unilateral)" (p. 382).

Ante tais pressupostos é inequívoco considerar-se os pactos *sub iudice* contratos coligados por união voluntária, com dependência unilateral (só é filiado à associação dos lojistas quem for locatário, só usa o nome do *shopping* quem for locatário, só é beneficiado pela promoção comum o locatário, etc.)." (*Shopping Centers (Questões Jurídicas)*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 368-370).

Na ementa do acórdão, fiz constar: "As avenças entre lojistas e *shopping centers* são, em regra, contratos coligados, com predominância do pacto de locação" (ob. cit., p. 368).

Em face das disposições da nova lei, *permissa venia*, reitero minha posição, sublinhando poder o objeto da locação ser um espaço no prédio do centro de compras. Essa singularidade, quanto à coisa, objeto do contrato, muito antes do regramento legislativo, não escapou à argúcia do Prof. Darcy Bessone, que, em certo trecho do trabalho recordado, notou: O exemplo do contrato de uso de um pavilhão de exposição assemelha-se, sem dúvida, ao da loja no *shopping center*" (Revisita cit., p. 13).

Cumpra reafirmar, com o suporte legal, que o contrato fundamental para a ativação desses centros de consumo, caso não sejam os lojistas proprietários-condôminos do prédio, é o de locação de espaços. O tempo confirmará.

3. O CONTRATO DE ADESÃO E OS CONTRATOS DE "SHOPPING CENTER"

No acórdão antes aludido, por mim lavrado, fiz outras menções quanto aos contratos de *shopping centers*, em especial, frente à doutrina dos contratos de adesão.

Acentuei naquele julgamento: "Os chamados contratos de adesão, fruto da teorização de Raymond Saleilles sobre a vontade jurídica, inobstante sua expansão no mundo moderno ("Quanto mais aumentam as exigências da vida social, mais se pratica tal contrato", afirma Santiago Dantas, no seu *Programa de direito civil*, Ed. Rio, 1978, 2/162), ainda não estão bem estudados, mormente no Brasil. Uma coisa, entretanto, é certa: não é apenas a preponderância da vontade de uma das partes sobre a outra que caracteriza o contrato de adesão (como entendiam Planiol e Ripert), nem tampouco é unicamente a inexistência de discussão prévia (como o próprio Saleilles doutorava, seguido de Sallé e Josserand) ou a apresentação de contratipo, em geral impresso. Faz-se mister a *inevitabilidade*, como acentua Requião (ob. cit., pp. 146-7, e RDM 7/24), ou, ainda, a "necessidade de contratar" (Sílvio Rodrigues, in *Curso de direito civil*, 4.ª ed., 1972, 3/43), ou a constatação da ocorrência do monopólio de fato ou de direito, que uma das partes detém, na observação de Orlando Gomes (*Contratos*, 1.ª ed., Forense, Rio, 1959, p. 133). Basta ver os exemplos clássicos desses contratos: transportes, consumo de água, energia elétrica, seguros, etc., para notar-se a indispensabilidade do contrato e, em decorrência, o "constrangimento" (Orlando, ob. cit., p. 132).

Na relação em tablado, não há, contudo, a avença inevitável; o apelante poderia instalar-se, isoladamente, em qualquer ponto da cidade, em uma das várias galerias comerciais não organizadas como centros de vendas, em prédio próprio ou alheio, enfim, da forma que melhor atendesse a seus desígnios.

Por isso, a respeito dos contratos *sub oculis*, declara, sem rodeio, Caio Mário: "Não se trata de contrato de adesão" (ob. cit., pp. 146-7). Pode-se considerá-lo como um contrato-tipo, padronizado, porém não se vislumbra o rompimento deles com a justiça comutativa" (ob. cit., pp. 370-371).

É oportuno repensar o assunto.

O saudoso Mestre Orlando Gomes, um dos pensadores jurídicos nacionais de maior perspicácia e sensibilidade, tocante à revolução dos fenômenos sociais e econômicos, em obra monográfica de 1972, assim definiu o contrato de adesão: "é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas" (*Contrato de Adesão*, São Paulo, Ed. RT, 1972, p. 3).

É certo que, logo adiante, complementa: "Distingue-se, no modo de formação, pela adesão sem alternativa de uma das partes ao esquema contratual traçado pela outra. ..." (p. 3). Mas, a ausência de alternativa diz respeito à falta de discussões preliminares sobre as condições do pacto ou à possibilidade de modificação das cláusulas. É o que explicita aquele autor em sequência: "... não admitindo negociações preliminares nem modificação de suas cláusulas prestabelecidas" (p. 3). Não se cogita de um "contrato inevitável", como entendeu Requião, citado em meu voto. Inevitável é o contrato que se poderia nominar de coativo, tal como o fornecimento de energia elétrica, o seguro obrigatório de veículos, até o de renovação das locações comerciais.

O contrato de adesão, que também pode ser inevitável, é simplesmente, sem opção no que tange às tratativas preliminares e à redação das cláusulas.

Não é diversa a situação na doutrina alienígena. Francesco Messineo assim conceituava este contrato: "Si chiama così (con terminologia che ci viene dalla dottrina e giurisprudenza francese: contrat d'adhésion), quel contratto, nel quale le clausole sono predeterminate e proposte da uno solo dei contraenti, sì che l'altro non ha il potere d'introdurvi modificazioni e, se non vuole accettarle, deve rinunciare alla stipulazione del contratto: il che introduce un limite alla libertà contrattuale (cfr. Introduzione, nn. 7 e 8) e si resolve in unimposizione del contenuto contrattuale ("o prendere, o lasciare")". (*Dottrina Generale del Contratto*, 3.ª ed., aumentada e reformada, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1948, p. 255).

Na dissertação prefalada, Orlando Gomes lamentou a lacuna na ordem positiva

brasileira, até aquela data, sendo o CC inteiramente omissivo sobre o contrato de adesão e nenhuma lei posterior havia se ocupado da matéria, embora já fossem frequentes aqueles contratos na vida econômica nacional (ob. cit., p. 149).

Lei a temos. O CDC, em seu art. 54, prescreve: "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

Em que a definição legal se diferencia das colaborações doutrinárias? Apenas na qualificação dos contraentes: um é fornecedor, o outro é consumidor. Abstraidas essas rotulações, o contrato está conceituado tal qual na doutrina.

De mais a mais, outras denominações não escondem a particularidade de tais contratos. Sejam chamados de *contratto per adesione*, na obra de Messineo, de "condições gerais dos contratos", nas doutrinas alemã e espanhola, ou de "cláusulas gerais contratuais", no direito português, ou de *standart-contract*, no direito anglo-saxônico, ou de contrato-tipo, um elemento é comum e indispensável: não há antecipada discussão sobre o contrato.

Ora, nos contratos de *shopping centers* estes instrumentos são previamente redigidos pelo empreendedor, que, naturalmente, escolhe e convida lojistas de ramos diferenciados para ocupar seus espaços. O lojista convidado, aceita o convite e adere ao contrato, ou não.

Não será este, ou não serão estes, contratos de adesão?

Reformulando minha posição anterior, considero os contratos de *shopping centers* como contratos de adesão.

Haverá algum desdouro nisso? Ocorreria algum discrimine nessa classificação? Creio que não. Hodiernamente, a doutrina é harmônica em aceitar a natureza contratual dos instrumentos de adesão, e é consabido que os contratos de adesão são de vasto emprego neste final de século.

Entretanto, como todos contratos de adesão são campo fértil para a proliferação de cláusulas abusivas e iníquas, deve o intérprete postar-se em posição de vigilância e guardar o princípio da transparên-

cia e regras de interpretação recomendadas pela doutrina e pela lei.

O Código Civil Italiano, nos seus três artigos de regência (arts. 1.341, 1.342 e 1.370), dispõe serem eficazes as condições gerais dos contratos dès que, na conclusão, o contratante aderente às cláusulas prestabelecidas, no uso de desvelo comum, conhecia as estipulações escritas ou impressas, não produzindo efeito, se não expressamente aceitas, em prol da parte predponente, as cláusulas de limitações de responsabilidade, de rescisão unilateral do contrato, de restrições à liberdade de contratar com terceiros, cláusulas compromissórias e outras de natureza assemelhadas. Estabelece, ainda, dois preceitos interpretativos: nos contratos mediante assinatura de formulários ou de impressos, as cláusulas acrescidas, quando incompatíveis com as anteriores, prevalecem sobre estas; e, na dúvida, interpreta-se a cláusula contra quem a estabeleceu.

No vigente Código de Defesa do Consumidor encontramos a disposição sobre a eficácia de tais contratos, no art. 46, e em vários incisos do art. 51, sobre cláusulas abusivas, além de outros, e sobre interpretação no art. 47 e em outros comandos.

São princípios e preceitos que o aplicador da lei não pode relegar, nos conflitos acerca da execução de contratos desta natureza.

4. OS CONTRATOS DE "SHOPPING CENTER". CLÁUSULAS CONTROVERTIDAS

Os contratos de *shopping centers*, assim considerados todos aqueles necessários à ativação do centro de consumo, consoante minha reiterada opinião, são contratos coligados, com predominância do contrato de locação de espaço ou de loja, em consonância com a nova lei das locações. A ele são coligadas outras avenças: um regimento interno do centro, uma convenção que estabelece normas gerais de locação, administração, funcionamento, fiscalização e outras, além do estatuto de uma associação de lojistas.

Estes são os contratos, assim englobados o regimento, a convenção e o estatuto, referidos, assim como o pacto locatício de espaço ou de loja, necessários para o bom funcionamento dos *shopping centers*, anteriormente elaborados pelo empreendedor

ou desenvolvedor do centro, e oferecidos à adesão dos lojistas escolhidos.

Reexamino algumas cláusulas desses contratos, que, embora já dissecadas pela doutrina, podem merecer outras considerações, ou serem vistas por outros prismas, principalmente, diante da evolução da teoria do contrato e das novas leis sobre os contratos de adesão e, especificamente, sobre as locações urbanas.

a) Aluguel mínimo e percentual

O aluguel pago pelo lojista ao empreendedor, como é corrente, tem um duplo aspecto: é fixo, com a definição de um valor mínimo e é variável, com a indicação de um percentual sobre o faturamento do lojista. A parte fixa, por força da inflação de longa permanência entre nós, é atualizável monetariamente.

Não conheço manifestação doutrinária contrária a essa singularidade na remuneração das locações em *shopping centers*. De igual modo, a jurisprudência brasileira, sem discrepância considera válido o aluguel assim pactuado, até mesmo em locações comerciais tradicionais.

Vejamos a nova lei como disciplina a questão.

Quanto às relações entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*, além da liberdade contratual proclamada no art. 54, consta de seu art. 17: "É livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo". Cuida-se de norma cogente, de preservação do nominalismo, e, em decorrência, de resguardo da moeda nacional. E como norma imperativa, no concernente à proibição expressa, não pode ser descumprida em qualquer contrato de locação, ainda que de espaço em centros de compras. Não é possível o aluguel em dólares norte-americanos ou outra moeda conversível, ou, ainda, atrelado à variação cambial, como, de resto, antes, já não era permitido.

Controvérsia pertinente ao tema diz com o aluguel em dobro, correspondente ao mês de dezembro. Para prevenir espíritos, explico que o aluguel dobrado é o mínimo, não é o percentual. Assim, estima-se um valor anual da locação, e, em cada mês, de janeiro a novembro, o locatário pagará 7,7% do valor anual, totalizando 84,7% até novembro, sendo devidos, em dezembro, os

restantes 13,3%, completando-se os 100% do aluguel mínimo anual da locação.

O percentual sobre o faturamento continua inalterado em qualquer mês do ano. Lógico, que o resultado prático, no mês de dezembro, será muito maior do que em qualquer outro mês, mercê das vendas de Natal. O aluguel devido em dezembro será o maior dos dois valores: o aluguel mínimo em dobro, ou o obtido em função do faturamento. Os dados para essa explicação, colhi-os de "modelo de escritura declaratória de normas gerais regedoras de funcionamento e locações de *Shopping Centers*", publicado em anexo ao trabalho "*Shopping Center — Uma Nova Era Empresarial*", de autoria da Dr.^a Dinah Sonia Renault Pinto (2.^a ed., Rio, Forense, 1992, pp. 118-176).

Tem lógica a cobrança, pois as despesas do locador, pelo menos, com salários, são dobradas, no mês de dezembro. A liberdade contratual nestes contratos, assim como na fixação do aluguel, não veda esta remuneração especial da locação, tanto mais que, de conformidade com o exemplo colhido, não há alteração do valor mínimo anual do aluguel.

Questão também correlata é a da previsão de faturamento mínimo do lojista como condição para a renovação do contrato.

Manifesto minhas reservas à eficácia desta condição. Pode parecer *in fraudem legis*. Aparenta cláusula com o intuito de anular um benefício conferido pela lei ao locatário, e, que, no caso, é reconhecido ao lojista, segundo o escrito do art. 52, § 2.^o, e do art. 54, este a conferir o exercício das ações, cujos procedimentos estão regulados na Lei 8.245/91.

É certo que o empreendimento, como um todo, não pode ficar inane, diante da ineficiência ou improdutividade de um lojista, ainda que este cumpra o mínimo exigido, ou seja o aluguel menor. É verdade, inclusive, que se reflete negativamente no fundo de comércio do lojista o seu malogro, haver incorpóreo que como é de sabença, constitui-se no bem tutelado pelo direito ao assegurar a renovatória.

Porém, é preciso não olvidar que o art. 45 da lei das locações é taxativo: "São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que

proibem a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto."

Complementando minha reflexão a respeito, diria não afastar de todo a possibilidade do empreendedor exigir, contratualmente, o empenho, a fecúndia do lojista, sob pena de resolução por inexecução do contrato (art. 9.º, II). P. ex., se o lojista não repor seus estoques, optando por aplicações financeiras, de ganho certo, mas limitado, ou outros investimentos em detrimento do desenvolvimento crescente de seu comércio. Interesse para o desfazimento do contrato de locação não me parece faltar ao locador: seu rendimento depende do faturamento do locatário.

Lembro que a locação também poderá ser desfeita em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos (art. 9.º, III), no entanto, a lei assegura ao locatário emenda da mora (art. 62, II), somente não admitida "se o locatário já houver utilizado essa faculdade por duas vezes nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação" (art. 62, parágrafo único).

A *emendatio morae* "é medida de equidade que visa a beneficiar o inquilino", lembra a Prof.ª Maria Helena Diniz, que "poderá ser requerida, seja a locação destinada a fins residenciais ou comerciais", adscrive aquela mestra (ob. cit., p. 250). E também poderá ser pleiteada pelo lojista na locação de espaço e como norma interventiva não deixa margem à edição de cláusula em contrário.

b) Fiscalização da receita do lojista

O assunto tem vínculo com o anterior e, por igual, não enfrenta óbices na doutrina ou na jurisprudência pátrias.

Decorre da validade do aluguel percentual, a cláusula permissória da conferência da receita do lojista.

Sobre sua validade manifestaram-se, declaradamente, Caio Mário da Silva Pereira e Washington de Barros Monteiro (*Shopping Centers — Aspectos Jurídicos*, S. Paulo, Ed. RT, 1984, pp. 79-80 e 166-167), Alvaro Villaça Azevedo, José da Silva Nogueira e Nilson de Castro Dião (*Shopping Centers (Questões Jurídicas)*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 24-26, 14-149 e 265-268, respectivamente) e Dinah Sonia Renault

Pinto (*Shopping Center — Uma Nova Era Empresarial*, 2.ª ed., Rio, Forense, 1992, pp. 65-68), além de outros.

Peço venia, somente para transcrever parte da opinião de Nilson de Castro Dião: "Portanto, inexistindo uma norma jurídica específica regulamentando o novel empreendimento comercial, é de se admitir a cláusula que permite a fiscalização da renda bruta diária do comerciante, inobstante as disposições do CCmercial.

Nesse ponto vale transcrever a lição do mestre Carvalho de Mendonça: "O art. 18 do Código é barreira oposta ao arbítrio do juiz para garantia do segredo dos negócios, a dizer, em benefício do comerciante. Se este, em caso especial, desiste do benefício, se não tema, como essa deliberação, prejudicar os próprios interesses, cessa a proteção oferecida pelo código. *Invito non datur beneficium*" (*Direito comercial brasileiro*, Ed. Besnard Feres, 1915, 2/237).

Assim, se o comerciante aceita abrir mão do direito de sigilo de sua contabilidade, em razão da peculiaridade do empreendimento, não há como negar o direito de fiscalização por parte da administradora, para assegurar-se de que a renda bruta está sendo computada e informada com exatidão" (ob. cit., pp. 267-268).

Nenhuma prática abusiva, vexatória, constrangedora entretanto, poderá ser adotada contra o lojista fiscalizado.

c) Revisão do aluguel

Prevê a nova lei das locações prediais urbanas: "Não havendo acordo, o locador ou o locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir rescisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado" (art. 19).

As partes são livres para fixar novo valor para o aluguel ou alterar a forma de reajuste (art. 18). As cláusulas estipuladas no começo da locação não são pétreas. Todavia, se a revisão do aluguel não for objeto de consenso, poderá acontecer por via judicial, a fim de adequar o aluguel ao preço de mercado.

A hipótese é de remota aplicação na locação de espaço ou loja em *shopping center*, face ao prévio acerto da atualização do aluguel mínimo e a cobrança do variá-

vel em bases percentuais, mas não de todo impossível, e, por óbvio, pode ser pleiteado por qualquer dos contratantes.

De lembrar, outrossim, por força da cláusula *rebus sic stantibus*, ínsita em todos os contratos, que a revisão pode, diante de razões de ordem conjuntural, como uma recessão econômica, *exempligratia*, dar-se a qualquer tempo, inclusive para reduzir o aluguel mínimo.

De não afastar-se também a possibilidade de um pedido de redução do aluguel mínimo face a improiciência do empreendedor na locação dos espaços disponíveis, em especial, das chamadas lojas “âncoras”, que neste sistema são como os planetas, de tal sorte a comprometer o faturamento dos lojistas instalados, ou, ainda, face ao inadimplemento do empreendedor.

d) Encargos condominiais

De acordo com o sistema adotado pela lei das locações, sendo o objeto uma unidade condominial, as despesas ordinárias ficam a cargo do locatário (art. 23, X e XII) e as extraordinárias deverão ser pagas pelo locador (art. 22, X e parágrafo único).

Dir-se-á não ser o *shopping center* um condomínio, porque os espaços para a instalação das lojas ou estas, pertencem a um só proprietário, também proprietário exclusivo das demais, que, no condomínio, seriam partes comuns indivisas. Na verdade, é o que ocorre em maior frequência. Daí não aplicar-se as Leis 4.591/64 e 4.864/65.

Inescondível, porém, a semelhança ao condomínio, assim como entre a Convenção do Condomínio e o Regulamento do Centro.

Daí justificar-se não por força de lei, mas do contexto, a cobrança das despesas ordinárias ditas condominiais dos lojistas.

Há uma peculiaridade. O art. 54, § 1.º, predispõe não poder o empreendedor cobrar do lojista as despesas referidas nas alíneas *a*, *b* e *d* do parágrafo único do art. 22, a saber: *a*) obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel; *b*) pintura das fachadas, empenas, poços de ventilação e iluminação, bem como das esquadrias externas; e, *d*) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação.

Todas despesas extraordinárias de condomínio a cargo do locador, bem como “as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum”, as de paisagismo nas partes de uso comum já previstas como despesas extraordinárias na alínea *f* do mesmo parágrafo único do art. 22.

A vedação parece desnecessária, porque no art. 22 figura a obrigação do locador quanto a essas despesas, e não é provável tenha a lei pretendido facultar o repasse das demais despesas extraordinárias (alíneas *c*, *e* e *g*) ao lojista.

e) “Res sperata”

É vasta a variedade de conceitos oferecidos pela doutrina para a parcela da remuneração do empreendedor. A explicação para essa multiplicidade conceitual, de certo, está no cuidado de evitar confusão com as chamadas “luvas”, cuja vigência era tachada de nula, na conformidade do disposto no art. 29 do Dec. 24.150/34, que, entretanto, veio a ser revogado pela nova lei.

Assim, expõe Modesto Carvalhosa: “Esse pagamento, conhecido como *res sperata*, tem sua natureza jurídica controvertida, entendendo alguns tratar-se de reserva ou garantia de locação; outros consideram-na como retribuição de estudos de *marketing*, cota do custo de empreendimento ou, ainda, contrapartida da cessão do fundo de comércio que será formado pelo empreendedor.

E a exigência de tal pagamento é plenamente lícita e legítima, posto tratar-se da remuneração pela cessão ao lojista da parcela do Fundo de Comércio pertencente ao empreendedor.

No entanto, o percentual do empreendedor no fundo de comércio não é cedido gratuitamente ao lojista, nem é cedido por tempo indeterminado.

Ao contrário, tal cessão, como foi visto, tem caráter oneroso, sendo efetuada mediante o pagamento da *res sperata*; tem ainda a cessão desse percentual do fundo um prazo determinado que corresponde ao prazo de duração do contrato de locação.” (*Shopping Centers (Questões Jurídicas)*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p. 175).

Muitos advertem ser a *res sperata* figura de renda aleatória ou de coisa futura, nos termos dos arts. 1.118 e 1.119 do CC, mas obviam não ter a *res sperata* dos contratos de *shopping center* a mesma textura daquela.

Há ainda os que evidenciam semelhança entre a "taxa de filiação" devida, de início, no contrato de *franchising* e a *res sperata*, e os que vêem nesta espécie o preço de adesão ao empreendimento.

Tenho para mim que a impropriamente chamada *res sperata* representa a remuneração da garantia de reserva, mas mesmo que se a conceitue como a retribuição pela cessão ou fruição do fundo de reserva, nada obsta sua cobrança na contratação. É que a lei vigente não veda a cobrança de qualquer quantia do locatário, na oportunidade do contrato ou de um pré-contrato.

É também a opinião do Des. Pestana de Aguiar: "A pergunta a hoje se formular é se, diante da Lei 8.245, podem as luvas ser consideradas como cobrança ilegal e ilícita, revogado o Dec. 24.150/34".

Nossa resposta é negativa. As luvas só serão ilícitas para efeitos fiscais, se não documentadas ou contabilizadas.

Silenciando a nova lei a respeito, passam as luvas a ser admitidas, desde que não se revelem com o exclusivo intuito de sonegação fiscal. Assim, o quadro legal vigente se transfigura, ao não mais proibir expressamente o pagamento das luvas. E se não proíbe, em princípio obviamente permite.

Logo, não haverá mais que se cogitar de fraude à lei em seu pagamento.

Quanto à *res sperata* na locação de loja de *shopping center*, sempre a tomáramos como uma modalidade de luvas. E sob o império regulamentar do Dec. 24.150/34 não víamos como juridicamente aceitá-la na renovação de contratos de locação relativa a lojas de *shopping center* já constituído.

Mas a admitíamos no compromisso de pretendentes à locação de loja de *shopping* em construção, como garantia da reserva em pré-contrato de adesão ao empreendimento. Era perfeitamente cabível, e agora com mais razão o será, malgrado o pré-contrato se destine à locação e a *res sperata*, em nosso direito positivo, às vendas aleatórias na versão da *emptio spei* do art.

1.118 (venda de coisa futura) ou *emptio rei speratae* do art. 1.119 (venda de coisa futura em maior ou menor quantidade) do CC.

Cremos, até mesmo, ser possível a promessa de contratar a locação em âmbito geral do plano não-residencial, com a possibilidade de um valor de reserva, o que o art. 43, I, a nosso ver, não veda, por atuar somente na vigência contratual." (*Nova Lei das Locações Comentada*, Rio, Ed. Lumen Juris, 1992, pp. 171-172).

Na realidade, o que está cristalinamente proibido é a cobrança de remuneração de qualquer espécie, na renovação, porque o art. 45 da nova lei preceitua serem nulas, de pleno direito, as cláusulas restritivas do direito à renovação "ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto".

Daf' minha plena concordância com as conclusões do Des. Pestana de Aguiar, na sua recente obra. A lei veda a cobrança de qualquer pecúnia na renovação.

f) Renúncia a direitos pelo locatário

Impossível pensar em renúncia à renovação da locação. É regra decorrente do intervencionismo estatal, fundado na proteção do fundo de comércio, e a lei nulifica qualquer cláusula nesse sentido (art. 45).

A mesma coisa ocorre com relação ao direito de preferência para a aquisição de imóvel locado (art. 27), ainda que o art. 45, não se refira, explicitamente, a esse direito do locatário. De qualquer forma, a renúncia a esse direito colide com os objetivos da lei, seja tocante à habitação, seja quanto ao exercício de atividade econômica.

Entendo, contudo, que se possa abrir uma exceção no caso de locação de espaço, em *shopping center*, pois o direito é assegurado, exclusivamente, nas locações de imóveis, e não de espaços, como é comum nos modernos centros de compras. É que não se há de vender espaços, mas imóvel determinado.

No pertinente às benfeitorias, hipótese, por óbvio, rara em *shopping center*, a lei das locações faculta disposição contratual em contrário àquelas estabelecidas no art. 35 da lei das locações. De não deslembrar que o art. 51, n. XVI, do CDC, qualifica como cláusula abusiva, e, portanto, nula a que

possibilite a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

g) Atualização do "mix" pelo empreendedor

A prática nos *shopping centers*, conhecida por *tenant mix*, que consiste na mesclagem de lojistas de diversos ramos, entre as lojas âncoras, em posições estratégicas visando a captar a atenção do cliente, é uma das mais avançadas técnicas de administração e comercialização.

Essa técnica — imagina-se — alcança seu mais alto grau de aperfeiçoamento, partindo da psicologia do consumidor, do comportamento do cliente, dos efeitos da apresentação dos produtos junto aos frequentadores dos *malls* desses centros, na flexibilidade da modificação do chamado *mix*, até alcançar a mistura ideal.

A flexibilidade dependerá, todavia, da possibilidade de encarar-se a locação de espaços, como a locação de superfície de localização indeterminada e variável, embora com metragem certa, que hoje está em uma posição e amanhã em outra, dentro do *shopping*.

Há precedentes no direito alienígena, em especial no direito francês, com a disciplina da cessão de espaços, nas *galleries marchandes* (cf. os doutos estudos dos Profs. Penalva Santos, *Regulamentação Jurídica do Shopping Center*, e Nascimento Franco, *A Lei de Luvas e os shopping centers*, bem assim do Dr. Roberto Wilson Renault Pinto, *O Fundo de Comércio dos shopping centers e o Decreto 24.150/34*, ambos publicados na coletânea da Editora Saraiva, já reportada).

E não encontro obstáculos para uma alteração unilateral do *mix*, dês que não represente um ônus ou encargo fora do comum para o lojista. Logicamente, se o lojista acaba de instalar-se a sua transferência imediata para outro lugar representa, pelo menos, um incômodo inaceitável, a quebrar o equilíbrio que se pretende exista no contrato entre empreendedor e lojista. Fixados períodos mínimos para o reestudo e atualização do *mix* não vejo impedimento intransponível.

De notar não se cogitar de outra locação, mas da mesma locação de espaços, assegurada, se for o caso, sempre a renovatória, visto que o legislador brasileiro enveredou pela senda aberta pela jurispru-

dência e garantiu a renovação do contrato de locação.

A idéia provavelmente não se sobreimporá pacífica, indene de críticas, porém não se questiona sobre uma verdadeira *locatio rei*, mas de uma nova locação que os tempos modernos nos oferecem. Afinal de contas, não vivemos em Roma antiga. O Prof. Darcy Bessone oferece-nos uma lição magnífica: "Não se contenha a vida, só porque os romanos aplicaram uma certa *locatio* a casos de seu tempo" (Revista cit., p. 9).

h) Outras cláusulas

É comum a existência de cláusulas nos contratos de *shopping centers* a vedar a cessão do contrato de locação, salvo mediante a anuência do empreendedor. Justifica-se porque este não é um mero investidor imobiliário. No benefício geral ele seleciona os lojistas, evita, quanto possível, a proliferação de comerciantes do mesmo ramo ou os limita, estuda a melhor colocação do espaço de cada um, balanceando os braços do centro com atrativos especiais, trabalha para o aumento geral da produtividade e da receita dos locatários, até porque dela depende, administra e fiscaliza o estabelecimento, cuida de sua publicidade, segurança, etc.

A doutrina, de um modo geral, considera válida essa cláusula, Orlando Gomes disse a respeito da cessão da locação: "Facultá-la ou vedá-la não faz mal ao direito de renovação, não lesa o direito do locatário ao fundo do comércio. De resto, não há propriamente direito à cessão, e, quando se pense de modo contrário, é incontroverso o entendimento de que seu exercício precisa ser autorizado pelo locador. Aliás, a proibição é um imperativo da própria organização do *shopping center*. A cláusula proibitiva é pelo exposto, não somente uma cláusula lícita, mas, também, inerente às locações em questão." (*Traços do Perfil Jurídico de um Shopping Center — Aspectos Jurídicos* cit., pp. 106-107).

A questão tem relação com o fundo de comércio, ou com o fundo de empresa, como alguns preferem chamar, bem composto de coisas corpóreas e incorpóreas que se ligam ao exercício da atividade empresarial, e nesses empreendimentos é partilhado por todos, mormente, pelo empreendedor. Por isso, não é de tolerar-se que o

lojista possa, ao seu talante, ceder bem, em grande parte, pertencente a terceiro.

Problema pertinente diz com a falência do lojista, em cuja lei especifica assegura-se a locação, salvo a rescisão consensual ou a falta de pagamento dos alugueiros por mais de dois meses (arts. 43 e 44, VII, da Lei de Falências), bem assim garante-se a venda do estabelecimento, incluindo-se na alienação a transferência do contrato de locação (art. 116, § 1.º, da mesma lei).

Lei quase cinquentenária, com anteprojeto legislativo sobre o tema versado em andamento, não pode ser interpretada de molde a entrar em empreendimentos modernos como os *shopping centers*, surgidos muitas décadas após a lei falimentar de 1945.

O Des. Penalva Santos já atentara para o problema com essas considerações a propósito do art. 116, § 1.º do citado estatuto: "É de se perguntar, então, se as referidas disposições aplicam-se à falência do lojista do centro comercial, no que tange à transferência do contrato de locação comercial, juntamente com a venda englobada, em público leilão, dos bens componentes do fundo de comércio.

A resposta é negativa, por envolver essa transferência o próprio fundo de comércio do empreendedor do *shopping center* — bem de terceiro; donde a inconveniência dessa inclusão no leilão dos bens do estabelecimento do falido.

Além disso, o arrematante é estranho à relação jurídica com o *shopping*, e, também por não pertencer à associação de lojistas, sua admissão exige pré-requisitos, cujo preenchimento o arrematante pode não atender. O mais certo, então, será a venda parcelada dos bens componentes do fundo de comércio do falido e a devolução da loja ou espaço ao empreendedor do *shopping*, resiliando-se o contrato de locação, para se evitar maiores prejuízos ao locador e à massa falida, conforme dispõe o art. 43, parágrafo único, da Lei de Quebras.

Se o contrato instituído entre o empreendedor e o lojista for de natureza atípica, e, por consequência, excluído do âmbito da locação regida pelo Dec. 24.150/34, ser-lhe-á assegurada a faculdade de requerer a restituição da loja ou espaço, por ser ele titular de fundo de comércio próprio,

não podendo o síndico reter-lhe a posse, pois, pela própria natureza do contrato, ela deve retornar às mãos do empreendedor." ("Regulamentação Jurídica do Shopping Center", in *Shopping Centers (Questões Jurídicas)*, cit., pp. 106-107).

Entendo que, em se tratando de locação de espaços, não há a mínima possibilidade de aplicar-se aquele dispositivo da lei de falências por absoluta impossibilidade de obrigar-se, no *shopping center*, a aceitação do arrematante, não bastasse a liberdade contratual, nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, claramente assegurada no art. 54 da nova lei das locações.

Ainda no terreno das restrições impostas ao lojista em face dos contratos firmados com o empreendedor, há a considerar as relações entre empreendedor e lojista franqueado e franqueador.

Em princípio, os contratos assinados entre empreendedor e lojista e o *franchising*, pactuado entre este e o franqueador, são dois negócios distintos, de tal sorte que não existem obrigações recíprocas entre os três contratantes. A não ser que todos firmem contrato prevendo aquelas obrigações recíprocas, livremente.

Difícil o traço de regras a solucionar o problema diante de eventuais rompimentos de um dos contratos e seus efeitos em relação ao outro.

Uma coisa é certa. Deve ser observada a cláusula de imutabilidade do ramo de comércio do lojista, porque este influi no *tenant mix* e uma modificação afetaria o equilíbrio do conjunto, contrariando direitos do empreendedor ou dos demais lojistas.

Mas a simples perda da franquia, obtida sem interferência do empreendedor, não há de constituir infração contratual capaz de ensejar a rescisão contratual.

No mais, só o exame de cada caso com aplicação dos princípios gerais da atual teoria do contrato poderá proporcionar elementos para a composição do conflito.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o exposto, a nova lei das locações, em dois dispositivos (arts. 52, § 2.º e 54), deixou evidente haver nas relações entre lojistas e empreendedores de

shopping center um contrato de locação, passível de ser de mero espaço ou superfície nas galerias do estabelecimento principal, que é o próprio *shopping center*, guarnecido o espaço de vitrines e eventuais paredes ou divisórias.

Assim, quando a doutrina marchava para uma conceituação atípica dos contratos de *shopping centers*, com o apoio inclusive do falecido Mestre Alfredo Buzaid, o legislador optou pela definição do contrato básico como de locação. Como tal deve ser tratado, independente de outras considerações acerca da forma de contratar.

Por outro lado, quando a doutrina também se inclinava pela desnecessidade de

regulamentação legislativa, vem o legislador com uma disciplina que somente não acarretará novas dúvidas porque a jurisprudência tem se manifestado pela validade da maioria das cláusulas tidas como controvertidas nos contratos entre lojistas e empreendedor de *shopping center*.

Entretanto, não se pode perder de vista que, no interesse de preservar a iniciativa e em face da realidade, a lei proclamou ampla liberdade neste pacto locatício, do que penso decorrer a aplicação das disposições gerais da nova lei das locações apenas naquilo que não anular os objetivos desses empreendimentos imobiliários e comerciais de nossos dias.